

ORDEN POUR LE MÉRITE  
FÜR WISSENSCHAFTEN UND KÜNSTE

REDEN UND GEDENKWORTE

SECHSUNDDREISSIGSTER BAND  
2007 – 2008

WALLSTEIN VERLAG

ZWEITER TEIL  
PROJEKTE DES ORDENS

III. ÜBER DIE PFLICHT ZUM UNGEHORSAM

GEGENÜBER DEM STAAT

CHRISTIAN TOMUSCHAT

DAS RECHT DES WIDERSTANDS NACH  
STAATLICHEM RECHT UND VÖLKERRECHT

---

*I. Einleitung*

Unrechtserfahrungen sind eine Grundkonstante menschlicher Existenz. Nicht nur gehört es zum Alltagsgeschehen, daß Menschen von ihren Mitmenschen bedroht, verletzt oder sogar umgebracht werden, auch der Staatsapparat, der ja an sich die Friedlichkeit des Zusammenlebens sichern soll, kann zu einem verbrecherischen System mutieren. In Deutschland ist die Mordherrschaft des Nationalsozialismus noch allgegenwärtig mit ihren Nachwirkungen, denen sich keiner entziehen kann. Die Schatten der Vergangenheit brauchen unser Leben zwar nicht zu verdunkeln, aber sie dürfen niemals aus dem Bewußtsein verdrängt werden.

Wie kann ein Rückfall in solche Barbarei wirksam verhindert werden? Das Leben ist ja ständig im Fluß, und keine historische Lage bleibt auf ewig konsolidiert. »Nunca más«, niemals wieder, war der Bericht der argentinischen Wahrheitskommission im Jahre 1984 betitelt. Unter diesem Motto stand auch unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg die Arbeit an der Charta der Vereinten Nationen und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, welche die in der

Charta enthaltene Grundsatzverpflichtung auf die Menschenrechte näher konkretisieren sollte. Während die VN-Charta, die sich zum Ziel setzt, »künftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges zu bewahren«, klarsichtig feststellt, daß dazu gehöre, »den Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Person« zu bekräftigen und Bedingungen zu schaffen, unter denen »Gerechtigkeit ... gewahrt werden« kann, geht die Allgemeine Erklärung einen Schritt weiter, indem sie auf die Folgen schweren Unrechts hinweist. In der Präambel erläutert sie, daß es notwendig sei, »die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen, damit der Mensch nicht gezwungen wird, als letztes Mittel zum Aufstand gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen«.

Damit tritt das Widerstandsrecht auf den Plan, als ultima ratio, wenn alle anderen Versuche, das Unrecht zu überwinden, versagt haben. Leider ist die deutsche Übersetzung der Textstelle aus der Präambel der Allgemeinen Erklärung (»to have recourse to«) etwas holperig, was nicht nur als sprachlicher Purismus angemerkt sei. Zu einer Waffe kann man greifen, sogar in einem übertragenen Sinne zu einem Rechtsmittel. Aber den Aufstand kann man sich nicht einfach als Instrument der Verteidigung greifen – diese Vorstellung kann nur blauäugiger Naivität entsprungen sein, die noch nie ernstlich über das Widerstandsrecht nachgedacht hat.

## *II. Das Widerstandsrecht im Grundgesetz*

Was die Allgemeine Erklärung eher skizzenhaft als politischen Hintergrund andeutet, wird in Art. 20 Abs. 4 des Grundgesetzes als ein Teil der positiven Rechtsordnung statuiert.<sup>1</sup> Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand gegen jeden, der es unternimmt, die Verfassungsordnung zu beseitigen

1 Soweit ersichtlich, kennen in Europa nur die griechische und die portugiesische Verfassung ein Widerstandsrecht (Art. 120 Abs. 4 bzw. Art. 21). In Frankreich gilt das Widerstandsrecht der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789 kraft Verweisung.

– vorausgesetzt, daß andere Abhilfe nicht möglich ist. Ursprünglich gab es diese Bestimmung im Grundgesetz nicht. Sie kam erst im Jahre 1968 zur Entstehung, als auf Betreiben der Bundesregierung die sog. Notstandsverfassung im Grundgesetz verankert wurde, was seinerzeit mit vielen Ängsten verbunden war. Als Gegenleistung für die Zustimmung zu den notwendigen freiheitseinschränkenden Verfassungsänderungen beharrten insbesondere sozialdemokratische Kreise in Übereinstimmung mit den Gewerkschaften darauf, daß ein Widerstandsrecht gewährleistet werden müsse. Bestimmend war für sie die Erinnerung an den Kapp-Putsch vom Januar 1920, als nur durch einen Generalstreik eine Machtübernahme durch rechtsextremistische Gruppierungen verhindert werden konnte.

So eindeutig der Text auf den ersten Blick aussieht, so hintergründig erweist er sich bei näherem Hinschauen. Wer ist der »jeder«, gegen den sich wohlgemerkt nur jeder Deutsche wenden darf, falls ein revolutionärer Umsturz im Anzug ist? Keine Schwierigkeiten bereitet es, die Schlußfolgerung zu ziehen, daß das Widerstandsrecht zur Verteidigung gegen extremistische gesellschaftliche Gruppen dienen kann, die darauf ausgehen, der rechtsstaatlichen Ordnung ein Ende zu bereiten. Hier wird sich der einzelne im Idealfalle auf einer Linie mit den noch funktionsfähigen Organen des Staates befinden, mit der Polizei, den Gerichten, möglicherweise sogar der Bundeswehr. Rechtskonstruktiv liegen die Dinge insoweit einfach: Das Recht wird gegen den versuchten Rechtsbruch verteidigt. Politisch-historisch sind solche Extremsituationen freilich stets verworren und entsprechen selten der Reinheit des akademischen Schulbeispiels. Wenn einmal extremistisches Denken, das die Gewalt verherrlicht, die Gesellschaft infiziert hat, dringen die Krankheitskeime unvermeidlich auch in den öffentlichen Dienst ein.

Wie aber, wenn es dort nicht nur zu einer leichten Ansteckung, sondern zu einer Perversion des Staatsapparates kommt, wenn Gesetze erlassen werden, die einen diskriminierenden, ja mörderischen Ungeist widerspiegeln, wenn die Exekutive eine Unterdrückungspolitik betreibt und wenn auch die Gerichte sich folgsam in die damit fundierte Unrechtsherrschaft einordnen? Auch Amtsinhaber fallen

dem Wortsinn nach unter den Begriff des »jeden«, und es war tatsächlich die Absicht des Verfassungsgebers, dem Unheil, das eines Tages von der Staatsgewalt drohen könnte, mit dem Widerstandsrecht einen letzten, geradezu verzweifelten Riegel vorzuschieben. An der Rechtstechnik ist nichts auszusetzen. Aber man darf sich keinen Illusionen hingeben. Im Ernstfall könnte Recht gegen Recht stehen. Machthaber, die sich auf einen Kurs der diktatorischen Umbildung der Verfassungsordnung begeben haben, werden ohne Zögern auch das Recht nach ihren Vorstellungen umzugestalten versuchen. Das Grundgesetz hat Vorkehrungen getroffen, um einen solchen Identitätswechsel des Verfassungskerns zu verhindern. Nach Art. 79 Abs. 3 GG sind die Leitgrundsätze der Verfassung, wie sie in den Art. 1 und 20 niedergelegt sind, insbesondere die Menschenwürde und das Rechtsstaatsprinzip, unantastbar. Sie dürfen selbst auf dem Wege der Verfassungsänderung nicht aufgehoben werden. Auch das Widerstandsrecht wird man zu dieser Kernsubstanz rechnen müssen. Also müßte jeder Versuch einer Diktatur, ein anderes, damit unvereinbares System zu schaffen, jedenfalls rechtlich scheitern. In der Tat wollte man Politikern vom Schlage eines Adolf Hitler den Weg verlegen, der im Ulmer Reichswehrprozeß im Jahre 1930 offen erklärt hatte, die NSDAP werde, sollte sie an die Macht kommen, die Weimarer Verfassung auf legalem Wege in eine völlig andere staatliche Grundordnung umformen. In einer solchen Lage bedeutet also Geltendmachung des Widerstandsrechts, im Namen eines für unantastbar erklärten Rechts idealer Gestalt das faktisch in Kraft gesetzte Recht und seine Praxis zu bekämpfen.

Mit der Gemütlichkeit des Rechtsalltags im geordneten Rechtsstaat haben solche Lagen wenig gemein. Dem Individuum wird zwar mit großer Geste ein Recht an die Hand gegeben. Aber es muß dieses Recht völlig auf sich allein gestellt, auf eigenes Risiko, geltend machen. Der Text des Art. 20 Abs. 4 GG spricht ja ganz offen davon, daß es sich um eine Situation handele, wo andere Abhilfe nicht möglich ist. Der Staat befindet sich also definitionsgemäß in Auflösung, es herrscht ein Zustand der Anarchie, aus dem nur noch freier Bürgermut herausführen kann. Ein Verfahren gibt das Grundgesetz nicht

vor, kann es auch angesichts der angenommenen Kalamität gar nicht vorgeben. Der üblichen Definition eines Rechts, daß es sich nämlich um ein Interesse handelt, das von der Gemeinschaft anerkannt und geschützt wird, und nicht nur um ein moralisches Postulat oder eine nur im subjektiven Willen verwurzelte Forderung, entspricht das Widerstandsrecht also keineswegs.

### *III. Rechtsgeschichtlicher Exkurs*

Kann das Recht hier wirklich Lösungswege aufzeigen, oder handelt es sich bei dem Widerstandsrecht eher um inhaltsleere Symbolik?<sup>2</sup> Man kann die Überwindung einer Unrechtsherrschaft als bloßes historisches Faktum erzählen oder als reine Machtfrage ansehen. So wird etwa in Schillers »Bürgschaft« die Rechtsfrage gar nicht ausdrücklich angesprochen. Damon will mit dem Dolch im Gewande »die Stadt vom Tyrannen befreien«. Das in der politischen Philosophie eindeutig definierte Wort »Tyrann« und die Bezeichnung von Dionys als »Wüterich« lassen keinen Zweifel daran, daß Damon in der Tat einen gesetzlosen Despoten beseitigen wollte. Aber Schiller ist in seiner Ballade gar nicht daran gelegen, dem Leser einen Diskurs über die Legitimität politischer Macht vorzustellen. Deutlicher wird er im »Wilhelm Tell«, wo das Widerstandsrecht ausdrücklich beschworen wird mit den Worten:

Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht.  
Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,  
wenn unerträglich wird die Last – greift er  
Hinauf getrost in Mutes in den Himmel  
Und holt herunter seine ewgen Rechte,  
Die droben hangen unveräußerlich  
und unzerbrechlich wie die Sterne selbst.

<sup>2</sup> Eingehende Erörterung des gesamten Problemkreises in dem von Arthur Kaufmann herausgegebenen Sammelband »Widerstandsrecht«, Darmstadt 1972.



Ganz offensichtlich sind diese »ewgen Rechte« keine Rechte der gesetzten Rechtsordnung, sondern ungeschriebene Gerechtigkeitsvorstellungen, die gerade gegen das von der Obrigkeit gesetzte Recht in Stellung gebracht werden. Schiller verweist damit auf ein Naturrecht, das im Rang über dem positiven Recht stehen und ihm damit unübersteigbare Schranken setzen soll.

Über Jahrhunderte haben Juristen gegenüber den herrschenden Mächten ein göttliches Recht (*jus divinum*) oder ein Naturrecht (*jus naturale*) konstruiert, dessen Wurzeln aber auch ihrerseits durchweg in der christlichen Ethik gegründet waren. Dennoch aber haben Staatslehre und Staatsphilosophie immer geschwankt, ob sie aus solchen postulierten Bindungen ein Widerstandsrecht ableiten sollten. Eine eher seltene Erscheinung ist für das frühe Mittelalter der Magister Manegold von Lautenbach. In seinem Liber ad Gebardum (entstanden zwischen 1083 und 1085) stellte er auf der Grundlage germanischer Freiheitsvorstellungen die These auf, das Königtum verdanke seine Entstehung dem Willen des Volkes, so daß der König nicht aus eigenem Recht herrsche, sondern lediglich als Amtsträger kraft des Vertrages, mit dem er sich dem Volke zur Treue verpflichtet habe. Er verliere daher das ihm aus dem Vertrage zustehende Herrscherrecht, wenn er den Vertrag verletze, was gleichzeitig bedeute, daß das Volk in diesem Falle von seiner Gehorsamspflicht entbunden werde.<sup>3</sup> Freilich stellte Manegold von Lautenbach diese Schlußfolgerung unter einen weitreichenden Vorbehalt: Der Bruch sei erst dann besiegelt, wenn der Herrscher durch die römische Synode abgesetzt sei.<sup>4</sup>

Deutlich zeigen sich an dieser frühen Äußerung zum Widerstandsrecht die Spannungspole, zwischen denen sich das Widerstandsrecht bewegt. Es soll auf der einen Seite dazu dienen, eine höhere Gerechtigkeit durchzusetzen; auf der anderen Seite wird sich stets die Frage

3 Vgl. zu dieser Gestalt Horst Fuhrmann, »Volkssouveränität« und »Herrschaftsvertrag« bei Manegold von Lautenbach, in: Festschrift für Hermann Krause, Köln/Wien 1975, S. 21, 26ff.; Johannes Spörl, Gedanken um Widerstandsrecht und Tyrannenmord im Mittelalter, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 87, 95f.; Kurt Wölzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes, Breslau 1916, S. 11.

4 Zu Theorie und Praxis des Mittelalters aufschlußreich Leo Delfos, Alte Rechtsformen des Widerstandes gegen Willkürherrschaft, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 59, 70ff.

erheben, wer in einer Auseinandersetzung denn eigentlich recht hat. Führt nicht die Aufhebung des Gehorsamsgebotes zu nichts anderem als Gesetzlosigkeit und Anarchie? So hat Martin Luther geschrieben, es sei »besser von einem Tyrannen ... unrecht leyden, denn von unzelichen Tyrannen, das ist vom Pöfel, unrecht leyden ... Ja, ein böser Tyrann ist leydlicher denn ein böser krieg«. <sup>5</sup>

Auch in den Staatsvertragstheorien, die im 17. und 18. Jahrhundert zu voller Blüte kamen, spiegelten sich die unterschiedlichen Auffassungen über die Gefahren, die von dem Urteil des Volkes über die Legitimität von Herrschermacht ausgehen konnten. Es ist eine hübsche Vorstellung, erdacht *more geometrico*, daß sich die Menschen zuerst zu einem Staatsverband zusammenschließen und anschließend die so konstituierte öffentliche Gewalt wiederum durch Vertrag einem Herrscher übertragen. Diametral unterschiedliche Thesen wurden aber zum Wesen dieses zweiten Vertrages, des Herrschaftsvertrages, von Thomas Hobbes (1588-1679) auf der einen Seite und John Locke (1632-1704) auf der anderen Seite vertreten. Unter dem Eindruck der Wirren der religiösen Kriege in England postulierte Thomas Hobbes, daß die Bürger sich durch den Herrschaftsvertrag dem Fürsten absolut unterwürfen, ohne ihm gegenüber irgendwelche Rechte zurückzubehalten, während John Locke in liberalem Geiste die Gegenposition einnahm: Niemand könne sich völlig der Willkür eines anderen Menschen ausliefern. Demzufolge war in seinem Denkgebäude Raum für ein Widerstandsrecht des Volkes. <sup>6</sup> Auch Hobbes war freilich kein Anhänger einer Willkürherrschaft. Ausdrücklich betonte er die Bindungen des Herrschers durch das *jus divinum*. Aber ein Widerstandsrecht der Untertanen lehnte er kategorisch ab – gerade um des Friedens und damit der Sicherheit der Bürger willen. Den realen politischen Verhältnissen

5 Ob Kriegsleute auch in seligem Stande sein können (Ob kriegsleutte auch ynn seligem stande seyn kunden), 1526, in D. Martin Luthers Werke. Kritische Gesamtausgabe, Bd. 19, Weimar 1897, S. 635, 637. Dazu Johann Gottfried Herder, Briefe zur Beförderung der Humanität, 1795, in: ib., Werke, Bd. 7 (hrsg. von Hans Dietrich Irmscher, Frankfurt/Main 1991), Zweite Sammlung, 18. Brief, S. 96. Unbefriedigend zu Luthers Widerstandslehre Johannes Heckel, Widerstand gegen die Obrigkeit?, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 114ff.

6 Vgl. Wolzendorff, a.a.O., S. 265f.

in der damaligen Zeit des Absolutismus entsprach seine Lehre weit genauer als das von John Locke erdachte Modell.

Berühmt geworden sind am Ausgang des 18. Jahrhunderts die Aussagen zum Widerstandsrecht in der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 und in der französischen Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789, also in Dokumenten, die der Abschüttelung monarchischer Herrschaftsgewalt dienten. Die amerikanischen Kolonien beriefen sich auf die Mißbräuche und Machtanmaßungen der britischen Krone und argumentierten, daß die Monarchie auf die Zustimmung der Regierten gegründet sei; deswegen könnten sie das Band der Abhängigkeit lösen. In der französischen Erklärung erscheint die »résistance à l'oppression« als ein »droit naturel et imprescriptible de l'Homme«.

Immanuel Kant, der seine staatsphilosophischen Abhandlungen gerade in dieser Zeit verfaßte, ließ sich von dem revolutionären Schwung nicht mitreißen, sondern stellte sich auf die Seite der Zauderer, die im Konfliktfall den Monarchen über Recht und Unrecht entscheiden lassen, so daß jede Widersetzlichkeit »das höchste und strafbarste Verbrechen im gemeinen Wesen ist«.7

Nachdem einmal im 19. Jahrhundert sukzessive in ganz Europa förmliche Verfassungen in schriftlicher Form beschlossen worden waren, wurde es von einer theoretischen Warte aus schwierig, ein Widerstandsrecht zu begründen.8 Denn die Verfassung umspannte das Ganze von Staat und Gesellschaft. Eine ihr zugrunde liegende, parallel laufende oder mit ihr konkurrierende Rechtsordnung wurde nicht mehr anerkannt. Das im Staat und vom Staat erzeugte Recht bildete das Recht in seiner Totalität, im Einklang mit einem Denken, für das der Staat »die Wirklichkeit der sittlichen Idee« war.9 Demgegenüber erschien das Widerstandsrecht als eine Negierung dieses Rechtszustandes, als ein der Logik widersprechendes »Recht

7 Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1795, in: Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden (hrsg. von Wilhelm Weischedel), Bd. VI, Darmstadt 1964, S. 125, 156f.

8 Eingehende Untersuchung durch Michael Köhler, Die Lehre vom Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtstheorie in der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts, Berlin 1973.

9 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 257.

zum Rechtsbruch«. Vereinzelt wurde zwar noch die Theorie des Unterwerfungsvertrages zwischen Volk und Herrscher mit gegenseitigen Rechten und Pflichten bemüht,<sup>10</sup> doch galt dies nicht mehr als zeitgemäß. In der noch heute wegen ihrer vorzüglichen Gedankenführung lesenswerten Monographie von Kurt Wolzendorff zum Widerstandsrecht aus dem Jahre 1916 wird deswegen auch mit einem gewissen Stolz festgestellt, die Lehre vom Widerstandsrecht habe sich erschöpft, sie habe in der famosen Gegenwart keine *raison d'être* mehr.

Im Zeichen dieses positivistischen Geistes stand auch nach dem Ersten Weltkrieg der demokratische Neuanfang der Weimarer Republik. Für die Juristen war ein Widerstandsrecht undenkbar. Die Weimarer Verfassung war für sie das rechtliche Universum, neben dem es keine anderen Götter geben konnte. Von einem Widerstandsrecht war nicht die Rede. Klar war auch, daß religiöse Moralvorstellungen oder sonstige ethisch-moralische Normen keine Rechtsqualität besitzen und daher den Anordnungen der Staatsgewalt jedenfalls auf der rechtlichen Ebene nicht entgegengehalten werden konnten.

So waren diejenigen, die sich der nationalsozialistischen Diktatur entgegenstellen wollten, ganz abgesehen von ihrer politischen Isolierung auch rechtlich auf einem verlorenen Posten. Die Weimarer Verfassung hatte, mangels geschichtlicher Erfahrungen, noch nicht den Versuch unternommen, ihren rechtsstaatlichen Kern unter besonderen Schutz zu stellen, so wie dies heute Art. 79 Abs. 3 GG tut.<sup>11</sup> Sie war wehrlos dem Willen der nationalsozialistischen Clique ausgeliefert, die mit gezielter Hartnäckigkeit sogleich nach dem Tag der Machtergreifung am 30. Januar 1933 das in der Tradition westlicher Verfassungskultur stehende System gezügelter Macht Stück um Stück demontierte. Schon nach weniger als zwei Monaten erging am 24. März 1933 das »Gesetz zur Behebung der Not von Volk und

10 So Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1817, S. 291f. § 190.

11 Repräsentativ für die damals herrschende Meinung Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*. 14. Aufl. 1935, Erläuterungen zu Art. 76, S. 405-405. Demgegenüber hatte Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 26, einen qualitativen Unterschied zwischen Verfassung(skern) und bloßem Verfassungsgesetz gesehen.

Reich«, das sog. Ermächtigungsgesetz. In Art. 1 dieses Gesetzes wurde auch die Reichsregierung zum Erlaß von Gesetzen autorisiert, in Art. 2 hieß es, daß solche Gesetze auch von der Verfassung abweichen könnten. Damit war die Axt an den Stamm der Rechtsstaatlichkeit gelegt. Aus rechtlicher Sicht konnte niemand dem unheilvollen Treiben Einhalt gebieten, Grenzen ziehen, ein Gerichtsverfahren einleiten. Wir wissen nicht, ob ein solcher Mechanismus, hätte es ihn gegeben, den Lauf der Geschichte verändert hätte – aber wir wissen auch, daß geschichtliche Ereignisse von weittragender Bedeutung häufig auch von winzigen Zufällen abhängen.

So mußten sich die Verschwörer, die sich mutig der nationalsozialistischen Raserei entgegenstellten, andere Grundlagen für ihre Bestrebungen suchen. Die Mitglieder der Weißen Rose fanden diese Grundlagen in dem christlichen Glauben, der sie alle beseelte. In dem ersten Flugblatt vom Juni 1942 heißt es: »Daher muß jeder einzelne seiner Verantwortung als Mitglied der christlichen und abendländischen Kultur bewußt in dieser letzten Stunde sich wehren.«

Auch die Mitglieder des Kreisauer Kreises waren tief im religiösen Glauben verhaftet. In einer Ausarbeitung von Helmuth James von Moltke wird festgestellt:

Nur aus einer hinter der Verfassung stehenden einheitlichen geistigen Haltung läßt sich eine innerlich wirklich verpflichtende sittliche Bindung für Führung und Regierte gewinnen. Eine von der Religion losgelöste Ethik reicht ebenso wenig aus wie der reine Staatsgedanke oder ein säkularisiertes Weltanschauungssystem [...].<sup>12</sup>

Ganz ähnlich findet man in den Schriften von Carl Friedrich Goerdeler als durchgängigen Zug Hinweise auf die göttliche Ordnung, welcher der Mensch untertan sei:

Die Geschichte lehrt uns daher auch klar, daß zu den Voraussetzungen erfolgreicher Staatsführung gehören: [...] die Einordnung

<sup>12</sup> Zitat nach Günter Brakelmann, Helmuth James von Moltke. 1907- 1945, München 2007, S. 197. Vgl. dort auch über die christliche Orientierung der Angehörigen des Kreisauer Kreises S. 266f.

in die Schöpfung Gottes, daher die Rücksicht auf die Anschauungen und Interessen anderer und nicht zuletzt das ewige Suchen nach dem Sinn des Lebens und die dauernde Unterwerfung unter die Allgewalt Gottes.<sup>13</sup>

Selbstverständlich war auch der Theologe Dietrich Bonhoeffer durch den christlichen Glauben zur Mitarbeit im Kreise der Verschwörer motiviert.<sup>14</sup>

Es waren diese religiösen Beweggründe, die sich gleichzeitig als Hemmschwelle gegenüber konkreten Attentatsplänen erwiesen. Die Weiße Rose, als Bündnis weniger junger Idealisten, konnte mangels irgendwelcher Machtmittel eine gewaltsame Beseitigung des nationalsozialistischen Terrors noch nicht einmal ins Auge fassen; ihr einziges Ziel war es demgemäß, ihre Landsleute wachzurütteln. Moltke wandte sich prinzipiell gegen ein Attentat und meinte, Deutschland müsse erst durch eine tiefe Niederlage hindurchgehen, ehe es sich wahrhaft erneuern könne.<sup>15</sup> Bei den aus den Kreisen des Militärs stammenden Angehörigen der Opposition spielte der Eid, der seit dem Jahre 1934 auf die Person von Hitler zu leisten war,<sup>16</sup> eine verhängnisvolle Rolle. Tatsächlich glaubten viele, selbst gegenüber einer Person, die Befehle zur Begehung von Massenmord erteilt hatte, zum Gehorsam verpflichtet zu sein.<sup>17</sup> Diese verquere Logik ist uns Heutigen kaum noch verständlich zu machen. Nur wenige Klarsichtige wie etwa Generalmajor Henning von Tresckow<sup>18</sup> und Gene-

13 Denkschrift vom November 1940, in: Sabine Gillmann/Hans Mommsen (Hrsg.), Politische Schriften und Briefe Carl Friedrich Goerdelers, Bd. 2, München 2005, S. 828, 829.

14 Vgl. Walter Dress, Widerstandsrecht und Christenpflicht bei Dietrich Bonhoeffer, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 305, 316ff.

15 Vgl. Brakelmann (Fn. 12), S. 219, 239, 289.

16 »Ich schwöre bei Gott diesen heiligen Eid, daß ich dem Führer des Deutschen Reiches und Volkes, Adolf Hitler, dem Oberbefehlshaber der Wehrmacht, unbedingten Gehorsam leisten und als tapferer Soldat bereit sein will, jederzeit für diesen Eid mein Leben einzusetzen.«

17 Vgl. die Äußerungen Moltkes, wiedergegeben bei Brakelmann (Fn. 12), S. 160; Ernst Friesenhahn, Neuerliche Erwägungen zum politischen Eid, Vortrag vor der Bonner Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät am 24.5.1978, S. 17; Peter Meinhold, Revolution im Namen Christi, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 235.

18 Wiedergabe seiner Äußerung, das Attentat müsse erfolgen »coûte que coûte«, bei Klaus Gerbet, Carl-Hans Graf von Hardenberg 1891-1958. Ein preußischer Konservativer in Deutschland, Berlin 1995, S. 129.

raloberst Ludwig Beck vermochten dieses Gespinst einer pseudoreligiösen Bindung zu zerreißen.<sup>19</sup>

Nachdem das Dritte Reich gestürzt worden war, begannen Versuche, die Vergangenheit auch rechtlich aufzuarbeiten. So rekurrierte man immer wieder auf das Naturrecht, das ja der Positivismus für endgültig überwunden gehalten hatte. Hermann Weinkauff, nicht unumstrittener Präsident des Bundesgerichtshofs, schrieb, »dämonisiert sich der Staat, so ist passiver und aktiver Widerstand erlaubt und rechtmäßig.«<sup>20</sup> In seinem KPD-Urteil aus dem Jahre 1956 ging das Bundesverfassungsgericht ganz offensichtlich viele Jahre vor der Einfügung des Art. 20 Abs. 4 in das Grundgesetz von der Annahme aus, daß das Widerstandsrecht einen ungeschriebenen integralen Bestandteil des deutschen Verfassungsrechts bilde.<sup>21</sup> Viele klammerten sich an die sog. »Radbruch'sche Formel«, die Gustav Radbruch, führender rechtspolitischer Kopf der Sozialdemokratie, im Jahre 1946 mit folgenden Worten formuliert hatte:

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es in-

19 Generaloberst Ludwig Beck, Chef des Generalstabes des Heeres, trug am 16.7.1958 seinem Oberbefehlshaber (v. Brauchitsch) vor und suchte ihn davon zu überzeugen, sich zusammen mit den Oberbefehlshabern und Kommandierenden Generalen des Heeres und den vergleichbaren Befehlshabern der anderen Teilstreitkräfte gegen Hitlers Kriegspläne zu stellen. In seinen Papieren hinterließ Beck eine Niederschrift seines Vortrages: »Es stehen hier letzte Entscheidungen über den Bestand der Nation auf dem Spiele. Die Geschichte wird diese Führer (der Wehrmacht) mit einer Blutschuld belasten, wenn sie nicht nach ihrem fachlichen und staatspolitischen Wissen und Gewissen handeln. Ihr soldatischer Gehorsam hat dort eine Grenze, wo ihr Wissen, ihr Gewissen und ihre Verantwortung die Ausführung eines Befehls verbieten, vgl. Wolfgang Foerster, Generaloberst Ludwig Beck. Sein Kampf gegen den Krieg, München 1953, S. 122.

20 Das Naturrecht in evangelischer Sicht, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962, S. 210, 216. Freilich schränkt er das Widerstandsrecht in oberlehrerhafter Weise wieder ein, vgl. Über das Widerstandsrecht, in: Widerstandsrecht (Fn. 2), S. 392, 414: »Wenn ich etwa einen Widerstand darauf begründe, daß die Staatsführung einen verbrecherischen Angriffskrieg führt, der überdies auf die Dauer zum Untergang des eigenen Volkes führen muß, so darf ich Widerstand nur leisten, wenn ich das wirklich beurteilen kann und meiner Sache sicher sein darf. ... Wer etwa, wie die Männer des 20. Juli, in äußerster Bedrängnis mit den letzten Mitteln das Schicksal des ganzen deutschen Volkes, ja bis zu einem gewissen Grade das Schicksal der Welt, zu wenden und dabei ungeheure Wirkungen auszulösen strebte, der durfte das von Rechts wegen nur dann tun, wenn sein Unternehmen mindestens die Chance einer Wendung zum Besseren bot«.

21 BVerfGE 5, 85, 376ff.

haltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als »unrichtiges Recht« der Gerechtigkeit zu weichen hat.<sup>22</sup>

Eine Patentlösung bietet ganz offensichtlich auch diese Faustregel nicht, denn es ist ja gerade die Frage, die in jedem einzelnen Falle zu entscheiden ist, ob nun jene »Unerträglichkeit« eingetreten ist, die den qualitativen Umschwung bewirkt. Debattiert wurde auch über die Frage, ob ein naturrechtswidriges Gesetz *ipso facto* als nichtig zu betrachten sei, was von einigen behauptet, aber etwa von Helmut Coing entschieden bestritten wurde.<sup>23</sup> Letzten Endes aber gehen solche Geplänkel am Kern der Sache vorbei. In der Diktatur selbst wird niemand mit der Behauptung gehört, daß ein Gesetz höheren Rechtsprinzipien widerspreche und damit ungültig sei.

Ist nun mit Art. 20 Abs. 4 GG ein Zustand höherer Rechtssicherheit erreicht worden? Der Rechtsphilosoph Arthur Kaufmann hat dies mit harschen Worten bestritten. Seiner Auffassung nach hat man die Quadratur des Kreises versucht. Die Positivierung des Widerstandsrechts sei ein Widerspruch in sich, »denn das wäre die Positivierung eines Rechts, das seinem Wesen nach nur überpositiv gelten kann, die Normierung des schlechthin Unnormierbaren«. <sup>24</sup> Kaufmann hat wohl nur teilweise recht. Es trifft zu, daß der Zeitpunkt eine entscheidende Rolle spielt. Ballt sich am Horizont die Wolke einer diktatorischen Machtübernahme zusammen, so gilt es, diese Drohung präventiv zu bekämpfen, ohne abzuwarten, bis aus dem Schatten ein Untergang geworden ist. In dieser Lage kommt das Widerstandsrecht noch nicht zum Zuge, denn es ist ja noch Abhilfe durch das Handeln der dazu berufenen Staatsorgane möglich. Gleichzeitig können die Bürger in Ausübung ihrer garantierten politischen Frei-

22 Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, abgedruckt in: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, herausgegeben von Erika Wolf, Stuttgart 1956, S. 347, 353.

23 Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts, Heidelberg 1947, S. 58f.

24 Arthur Kaufmann, Vom Ungehorsam gegen die Obrigkeit, Heidelberg 1991, S. 39.



heiten völlig im Rahmen der Legalität auf die Erhaltung der verfassungsmäßigen Grundordnung hinwirken. Noch nicht einmal die Rechtsfigur des zivilen Ungehorsams (»civil disobedience«) braucht in den Vorstufen einer bedrohlichen Entwicklung bemüht zu werden. Sollte hingegen das Unglück einer Handlungsunfähigkeit der staatlichen Organe einmal eintreten, so wäre es wohl für jede Rettungstat zu spät, jedenfalls wenn sich Bürgergeist so kleinmütig und willfährig zeigt, wie er das im Jahre 1933 getan hat.<sup>25</sup>

#### *IV. Vorläufige Schlußfolgerungen*

Und dennoch ist Art. 20 Abs. 4 GG nicht unnütz. Die dahingehenden Urteile sind vielfach aus einer rein begriffsjuristischen Perspektive formuliert worden. Die Bestimmung über das Widerstandsrecht ist ein Fanal. Sie stellt klar, daß die deutsche Verfassung auf Wertgrundlagen beruht, die nicht einfach umgestoßen oder eingeebnet werden dürfen. Sie erinnert die staatlichen Bediensteten an ihre Verantwortlichkeit gegenüber dem gesamten Volke und die Bürger an ihre kollektive Verantwortung für das Gemeinwesen. Das Fanal würde nicht erlöschen, selbst wenn ein diktatorisches Regime den Art. 20 Abs. 4 GG mit einem Federstrich beseitigen sollte. Auf der anderen Seite ist Art. 20 Abs. 4 GG auch so vorsichtig gefaßt, daß er nicht als Tor zur Anarchie aufgefaßt werden kann. Immer wird es Extremisten geben, die ihre höchst subjektiven Empfindungen in die Münze des Widerstandsrechts umschlagen wollen. Aber den Extremfall, den Art. 20 Abs. 4 GG im Auge hat, kann man nicht einfach herbeireden.

Bisher hat der Art. 20 Abs. 4 GG in der Rechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland noch keine Rolle gespielt. Die rechtsstaatliche Demokratie hat bisher allen Anfechtungen widerstehen können, ohne daß man in einer Stunde höchster Not die Bürger zur Rettung des Staates hätte herbeirufen müssen. Ganz offensichtlich hat das Netzwerk der Institutionen, die Demokratie, Grundrechte und Rechtsstaat

<sup>25</sup> Die griechische Verfassung vertraut den Schutz der Verfassung dem »Patriotismus« ihrer Bürger an (Art. 120 Abs. 4).

stützen, mittlerweile eine solche Dichte gewonnen, daß die Berufung auf das Widerstandsrecht fast schon als Anachronismus erscheint. Die Einrichtung eines Bundesverfassungsgerichts, die Wachsamkeit der Presse und vor allem die Einbindung unseres Staates in das Verbundsystem der Europäischen Union sind weitere Faktoren, die auch ohne ein Parteiverbotsverfahren dem Aufkommen von extremistischen Gruppierungen wie auch einer Pervertierung des staatlichen Herrschaftsapparates wirksam entgegenwirken können.

So lautet ein erstes Fazit, daß der Nutzen des Art. 20 Abs. 4 GG in Verbindung mit der Verfassungskerngarantie des Art. 79 Abs. 3 GG vor allem darin besteht, den äußersten Krisenfall zu verhindern, so wie ja auch die Existenz der Bundeswehr vor allem sicherstellen soll, daß es nicht zum Ausbruch eines Krieges gegen Deutschland kommt, während die Erfüllung des Verteidigungsauftrags durch Kampfhandlungen als eine Eventualität gesehen wird, die schon fast dem Reich der bösen Träume angehört. Kommt es aber zur äußersten Zuspitzung, so verlieren sich die rechtlichen Konturen. Der einzelne weiß nicht, ob er sich tatsächlich mit guten Gründen auf das Widerstandsrecht beruft. In der Lage, in der es aktiviert werden könnte, gibt es niemanden, von dem eine verbindliche Auskunft zu erhalten wäre. Allein wird der Bürger wenig ausrichten können. Diejenigen, denen gegenüber er das Recht zum Widerstand geltend macht, werden ihn als Vaterlandsverräter bezeichnen und ihm mit Sanktionen, ja mit dem Tode drohen. Erst wenn dann wieder rechtsstaatliche Verhältnisse eingekehrt sind, kann man rückblickend die Wertungen korrigieren und gegebenenfalls die Anhänger der Machthaber von gestern bestrafen und die Opfer ihres Tuns rehabilitieren oder ihnen Entschädigung gewähren. In der Bundesrepublik Deutschland hat man hier vielfach das richtige Gleichgewicht verfehlt. Die neuen rechtsstaatlichen Kräfte unter dem Grundgesetz fanden durchweg nicht die Kraft, sich von den Vollstreckern des nationalsozialistischen Unrechts abzusetzen. Kein einziger Richter des Volksgerichtshofs ist seinerseits gerichtlich verurteilt worden.<sup>26</sup> Und wie

<sup>26</sup> Vgl. Herbert Ostendorf/Heino ter Veen, Das »Nürnberger Juristenurteil«, Frankfurt/New York 1985, S. 10.

gerade erst vor wenigen Tagen bekannt geworden ist, hat man bei der Schaffung des Bundeskriminalamts auf »bewährte Fachleute« zurückgegriffen, die tief in die rassistische und mörderische Politik der Hitlerzeit verstrickt waren. Die bürokratische Maschinerie hat sich perpetuiert, ganz nach dem für überwunden erklärten Wort des Verwaltungsrechtlers Otto Mayer: Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht.<sup>27</sup>

### *V. Das Widerstandsrecht im Völkerrecht*

Mit dem Völkerrecht wird in die Spannungssituation zwischen den beharrenden Kräften einerseits und dem Schrei nach Gerechtigkeit andererseits ein neues Element hineingetragen, das manche der früheren Diskussionen als Makulatur erscheinen läßt. Natürlich ist Völkerrecht keine Erfindung der Gegenwart. Viele der völkerrechtlichen Konzepte können über Jahrhunderte, ja Jahrtausende in die Vergangenheit hinein verfolgt werden. Aber die Wirkungskraft des Völkerrechts hat einen Aufschwung genommen, der für frühere Generationen unvorstellbar gewesen wäre. Nach einer traditionellen Lehre, die auch bis weit in das 20. Jahrhundert hinein die Praxis bestimmt hat, bilden staatliches Recht und Völkerrecht zwei getrennte Rechtsordnungen. Selbst wenn der Staat kraft Völkerrechts bestimmten Verpflichtungen unterliegt, bleibt es gemäß jener »dualistischen« Auffassung dabei, daß er innerhalb seiner territorialen Grenzen souverän bleibt und sich nach politischem Gutdünken über solche Verpflichtungen hinwegsetzen kann, ohne daß der Bürger demgegenüber den Rechtsbefehl der höheren Ebene zu seinen Gunsten anführen könnte. Damit war der Staatsapparat als oberste Instanz zur Beurteilung seines eigenen Handelns eingesetzt. Dem Völkerrecht war die Kraft abgesprochen, den staatlichen Souveränitätspanzer zu durchstoßen und neue, bis auf den Grund der Gesell-

<sup>27</sup> Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. Berlin 1924, Vorwort.

schaft reichende und auch den Einzelmenschen mit einbeziehende Legalitätsstrukturen zu schaffen.

### 1) Das Völkerstrafrecht als übergeordnetes Recht

Solange im 20. Jahrhundert die Mehrheit der Staaten einem Idealbild als Hüter von Recht und Gerechtigkeit nahekam, blieb dieses Bild staatlicher Perfektion und Unantastbarkeit nahezu unangefochten. Aber die Sowjetunion mit ihren Massenexekutionen in den 20er und 30er Jahren des vorigen Jahrhunderts wie auch die Schreckensstaten des Dritten Reiches mußten zu einer Rückbesinnung auf elementare Wahrheiten führen. Es ließ sich nicht leugnen, daß eine Regierung von Menschen nicht mit einem Regiment von Engeln gleichgesetzt werden kann und daß schwere Verbrechen größten Ausmaßes begangen worden waren. Sollten diese Verbrechen allein deswegen straflos bleiben, weil ihnen staatliche Befehle zugrunde lagen? In der Sowjetunion wurden diese Fragen nie offen gestellt; als Opfer des Zweiten Weltkrieges genoß sie in der Euphorie des Sieges über das NS-Regime eine weitgehende Immunität gegen unverhüllte Kritik. Aber die Anführer des Dritten Reichs, soweit sie noch lebten, mußten sich vor dem Nürnberger Militärgerichtshof verantworten. Logische Prämisse des Nürnberger Verfahrens war, daß niemand sein Handeln durch dessen Übereinstimmung mit den Regeln des staatlichen deutschen Rechts rechtfertigen konnte. Dieser nicht einmal ausdrücklich ausgesprochene Satz, der sich aus der kategorischen Festlegung der drei Straftatbestände Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Statut des Gerichtshofs (Art. 6) ergab,<sup>28</sup> wurde weiter durch die Weisung abgerundet, daß niemand allein durch seine Amtsstellung vor Strafverfolgung geschützt sei (Art. 7). Ferner wurde dem Handeln auf Befehl die Anerkennung als Strafausschließungsgrund

<sup>28</sup> Lediglich im Hinblick auf Verbrechen gegen die Menschlichkeit legte das Statut des Internationalen Militärgerichtshofs in Art. 6 (c) fest, daß die Strafbarkeit unabhängig davon bestehe, »ob die Handlung gegen das Recht des Landes verstieß, in dem sie begangen wurde, oder nicht«. Die weitaus wichtigere Frage der Rechtfertigung durch das nationale Recht wurde also nicht unmittelbar angesprochen.

entzogen (Art. 8), und zu allem Überfluß schließlich nahm das Nürnberger Statut keinerlei Rücksicht auf den althergebrachten rechtsstaatlichen Grundsatz: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

In einen kurzen Satz zusammengefaßt bedeutet dieses Konvolut von Einzelbestimmungen, daß es eine an Grundwerten der internationalen Gemeinschaft orientierte Legalität gibt, die sich gegenüber jeglicher abweichender nationaler Regelung durchsetzt und keinerlei Rücksicht darauf nimmt, ob der einzelne im Einklang mit diesem für ihn maßgebenden nationalen Recht gehandelt hat. Diese Rechtsetzung war innovativ. Mit gleicher Radikalität war bis dahin niemals ein Vorrang des Völkerrechts behauptet worden. Der Nürnberger Gerichtshof ist deswegen vor allem auch von deutscher Seite angegriffen worden. Ihm wurde vorgeworfen, jenes grundlegende Prinzip »*nullum crimen, nulla poena sine lege*« verletzt zu haben, das der deutsche Strafrechtler Friedrich von Liszt als die »Magna Charta des Verbrechers« bezeichnet hatte. Eine gewisse Berechtigung mag diese Kritik im Hinblick auf das Verbrechen gegen den Frieden haben. Niemals zuvor war ein führender Staatsmann wegen des Anzetteln eines Angriffskrieges vor Gericht gestellt worden,<sup>29</sup> und auch seit dem Nürnberger und dem nachfolgenden Tokioter Prozeß ist dies nicht wieder geschehen. Aber Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit sind in einem zivilisierten Staatswesen jedenfalls als gemeine Straftaten stets strafbar gewesen. Niemand konnte deswegen geltend machen, er habe in gutem Glauben darauf vertrauen können, daß er sich im straffreien Raum bewege. Das Rückwirkungsverbot des Strafrechts schützt denjenigen, der davon ausgehen durfte, daß ihm wegen seines Handelns kein Vorwurf gemacht werden könne. Auch wer sich an der Grenzlinie zwischen Recht und Unrecht bewegt, hat ein Anrecht darauf, daß die einmal gezogene Linie respektiert wird. Wer aber durch schwere Verletzungen der Rechtsgüter seiner Mitmenschen die Grenze des sozial Ver-

29 Die Bestimmung im Versailler Vertrag über die gegen Kaiser Wilhelm II. einzuleitende Strafverfolgung (Art. 227) war eher aus einem Geist der Rachsucht als aus Gerechtigkeitsempfinden geboren. Tatsächlich hat eine solche Strafverfolgung auch nicht stattgefunden, da die Niederlande sich weigerten, den Kaiser aus seinem Exil auszuliefern.

träglichen so eindeutig überschreitet, wie dies die Machthaber im Dritten Reich und viele ihrer Gefolgsleute und Mitläufer taten, besitzt kein solches schützenswertes Vertrauen.<sup>50</sup> Diktaturen können sich durch ihre eigene Gesetzgebung keine Generalabsolution erteilen.<sup>51</sup> Auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof hat diese Wertung im Mauerschützenprozeß durch Abweisung der von den Verurteilten erhobenen Beschwerden voll bestätigt.<sup>52</sup>

Was aber hat all dies mit dem Widerstandsrecht zu tun? Die Verbindungsbrücken lassen sich leicht schlagen. Wenn es zutrifft, daß eine staatliche Rechtsnorm unter keinen Umständen geeignet ist, schweres Unrecht, wie es heute vor allem in den Statuten der mittlerweile errichteten internationalen Strafgerichtshöfe definiert ist, zu legalisieren, so kann dies logischerweise nichts anderes bedeuten, als daß der einzelne ein Widerstandsrecht nach Völkerrecht besitzt. Niemand muß sich von Rechts wegen gefallen lassen, durch geplante Aktionen des Völkermords sein Leben zu verlieren. Niemand muß Verbrechen gegen die Menschlichkeit wie insbesondere Folter erdulden, wobei wiederum die Maßgabe heißt: von Rechts wegen.<sup>53</sup> Die juristische Logik ist an sich unangreifbar. Bei näherer Betrachtung zeigt sie indes sofort ihre Brüchigkeit als Kompaß für praktisches Handeln: Bei wem findet der Betroffene in der Notlage Gehör mit seiner rechtlichen Argumentation? Wer springt ihm zur Seite? So ist die Lage im System des Völkerrechts nicht viel anders als bei einer Aktivierung des Art. 20 Abs. 4 GG.

50 Dieser Rechtsgedanke hat seinen Niederschlag auch in Art. 7 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention und in Art. 15 Abs. 2 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte gefunden. Zu dem dort niedergelegten Gedanken des Vertrauensschutzes vgl. Christian Tomuschat, *The Legacy of Nuremberg*, *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006), S. 850, 855.

51 Lore-Maria Peschel-Gutzeit/Anke Jenckel, *Aktuelle Bezüge des Nürnberger Juristenurteils: Auf welchen Grundlagen kann die deutsche Justiz das Systemunrecht der DDR aufarbeiten?*, in: *ib.*, *Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947*, Baden-Baden 1996, S. 277, 298.

52 Urteil in der Sache *Streletz, Kessler und Krenz*, 22.3.2001, §§ 81-83, 87-88.

53 Vgl. Christian Tomuschat, *The right of resistance and human rights*, in: UNESCO (Hrsg.), *Violations of human rights: possible rights of recourse and forms of resistance*, Paris 1984, S. 13-33.

## 2) Der bewaffnete Befreiungskampf

Anders verhält es sich, wenn der mißbräuchlichen Hoheitsgewalt des Staates eine kollektive Gewalt entgegengesetzt werden kann. Die nationalen Befreiungsbewegungen in den überseeischen Besitzungen der europäischen Kolonialmächte waren ein solcher Gegenspieler. Die internationale Gemeinschaft hat es zwar bisher fast durchweg vermieden, zum Sturz einer rechtsstaatswidrig handelnden illegitimen Regierung aufzurufen, sondern sich meist darauf beschränkt, solche Regierungen zur Wahrung von Menschenrechten und Demokratie aufzurufen. Von dieser Leitlinie ist sie indes im Hinblick auf die Überreste des Kolonialismus wie auch im Hinblick auf die weiße Minderheitsherrschaft in Südafrika abgewichen. Der Kampf gegen koloniale Herrschaft begann mit der Resolution 1514 (XV) der VN-Generalversammlung aus dem Jahre 1960, wo zum ersten Mal unter Betonung des Selbstbestimmungsrechts aller Völker mit aller Eindeutigkeit fremde Kolonialherrschaft als menschenrechtswidrig und chartawidrig bezeichnet wurde. Aber welche Folgerungen aus dieser Feststellung zu ziehen seien, blieb zunächst noch offen. Erst fünf Jahre später erkannte die Generalversammlung in ihrer alljährlichen Resolution zur Durchsetzung des Grundsatzbeschlusses 1514 die »Legitimität des Kampfes («struggle») der Völker unter kolonialer Herrschaft um Ausübung ihres Rechtes auf Selbstbestimmung und Unabhängigkeit« an und forderte alle Staaten auf, den nationalen Befreiungsbewegungen materielle und moralische Hilfe zukommen zu lassen.<sup>34</sup> Bewußt im Nebel der Worte ließ man freilich mit diesen kunstvollen Formulierungen, was unter »Kampf« zu verstehen sein sollte und welche Art von Unterstützung man sich erhoffte, solche mit friedlichen Mitteln, etwa Geldzahlungen, oder auch bewaffneten Beistand. Daß hier wohl eine schärfere Gangart ins Auge gefaßt werden sollte, zeichnete sich deutlich ab, als im darauffolgenden Jahr die Politik der Apartheid in Südafrika als »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« stigmatisiert wurde.<sup>35</sup> Bis zum

<sup>34</sup> Resolution 2105 (XX), 20.12.1965, § 10.

<sup>35</sup> Resolution 2202 (XXI), 16.12.1966.

Jahre 1970 blieb zunächst die Mehrdeutigkeit erhalten. Zehn Jahre nach dem Grundsatzbeschuß zur Dekolonisierung wollte indes die Dritte Welt im Jahre 1970 den Nebel lüften. Übereinstimmend wurde sowohl in ihrer allgemeinen Resolution zur Dekolonisierung<sup>36</sup> wie auch in der speziellen Resolution zur Lage in Südafrika<sup>37</sup> von einer breiten Mehrheit die Formulierung beschlossen, daß der Befreiungskampf von den unterdrückten Völkern »mit allen ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln« geführt werden dürfe. Viele der Staaten der westlichen Staatengruppe verweigerten diesem Versuch, Gewaltanwendung zur Abschüttelung von kolonialer Fremdbestimmung und weißer Minderheitsherrschaft zu legitimieren, ihre Unterstützung. Es ist aufschlußreich, die beiden soeben genannten Resolutionen mit einer während derselben Sitzungsperiode im Konsens-Verfahren angenommenen anderen Resolution zu vergleichen (2625 (XXV)), deren Ziel es war, die Grundlagen der heutigen Völkerrechtsordnung näher zu konkretisieren.<sup>38</sup> In dieser dritten Resolution, die verständlicherweise auch auf das Selbstbestimmungsrecht eingehen mußte, nahm man zu einem Formelkompromiß Zuflucht. Man stellte in dem Text zunächst fest, daß Völker nicht durch gewaltsame Maßnahmen ihres Rechts auf Selbstbestimmung beraubt werden dürften. An diese Feststellung schloß sich der Satz an:

In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter.

Beide Seiten konnten diesen Satz nach Belieben zu ihren Gunsten interpretieren. Für den Westen war wichtig, daß die Wendung »by all means« nicht im Text auftauchte. Der Dritten Welt kam es vor

<sup>36</sup> Resolution 2708 (XXV), 14.12.1970, § 5.

<sup>37</sup> Resolution 2671 F (XXV), 8.12.1970, § 2.

<sup>38</sup> Die Resolution 2625 (XXV), 24.10.1970, spiegelt nach Auffassung des Internationalen Gerichtshofs geltendes Gewohnheitsrecht wider, vgl. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 1986, S. 14, 100 § 188, 101 § 191, 133 § 264.



allem auf das Wort »resistance« an, das einen deutlichen Hinweis auf den möglichen Einsatz von Waffengewalt gab.

Ziel der Dritten Welt war es in der Folgezeit, den mit der Kompromißformulierung errungenen partiellen Sieg noch weiter zu konsolidieren. Es gelang ihr freilich nicht, solange die Problemkomplexe Kolonialismus und Apartheidsregime noch existierten, für spätere Resolutionen, die dann mit der ausdrücklichen Erwähnung von Waffengewalt (»including armed struggle«) die Spannung noch weiter verschärften, die Unterstützung aller Mitglieder auch der westlichen Staatengruppe zu finden. So blieben ihre Abstimmungssiege im wesentlichen bloße Parteibekundungen, die nicht den Anspruch auf eine Qualifizierung als völkerrechtliche Regeln erheben konnten. Wortführer des Westens vertraten konsequent den Standpunkt, daß im Einklang mit dem von der VN-Charta angestrebten Ziel, eine Weltfriedensordnung zu errichten, der Abbau der Kolonialherrschaft wie auch die Beseitigung der weißen Minderheitsherrschaft in Südafrika evolutionär auf friedlichem Wege erfolgen müßten. Tatsächlich hat sich im Rückblick diese Strategie als richtig erwiesen.

### 3) Palästina und Kosovo

Es bleibt aber die Grundsatzfrage, welche Handlungsmittel das Völkerrecht einem Volk oder einer Bevölkerungsgruppe zur Verfügung stellt, die unter Besatzungsherrschaft stehen oder die unter einem Terrorregime leiden. In der heutigen Debatte stehen durchweg Palästina und Kosovo im Mittelpunkt. Beide Gebiete unterscheiden sich hinsichtlich ihres rechtlichen Status in grundlegender Weise voneinander. Das palästinensische Volk ist Träger des Selbstbestimmungsrechts, was mittlerweile auch die Regierung Israels anerkannt hat. Die Besetzung des Westjordanlandes, das Israel im Sechstagekrieg von 1967 erobert hat, ist mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet. Kraft seines Selbstbestimmungsrechts steht allein dem palästinensischen Volk die Gebietsherrschaft im Westjordanland zu. Der Sicherheitsrat forderte Israel in der berühmten Resolution 242

(1967) noch im selben Jahr auf, seine Streitkräfte aus (den) besetzten Gebieten zurückzuziehen.<sup>39</sup> Obwohl diese Resolution vom Sicherheitsrat nicht mit verbindlicher Wirkung nach dem Kapitel VII der VN-Charta verabschiedet wurde, ergibt sich die Verpflichtung zum Rückzug einfach aus der Tatsache, daß Israel fremdes Territorium besetzt hält, wofür es keine Rechtfertigung gibt. Natürlich sollte ein Friedensvertrag für beide Seiten ausreichende Sicherheitsgarantien festlegen. Aber in 40 Jahren sind trotz aller Ankündigungen vor allem von israelischer Seite keine ernsthaften Anstrengungen unternommen worden, zu einer vertraglichen Einigung zu gelangen. Im Gegenteil hat Israel eine Politik der eigenmächtigen Einverleibung großer Teile des Westjordanlandes betrieben. Die Siedlungen fressen sich von Tag zu Tag weiter in dieses Gebiet hinein. Gleichzeitig ist Israel dort auch mit dem Bau der Trennungsmauer tief eingedrungen, was der Internationale Gerichtshof in einem Gutachten vom 9. Juli 2004 ohne Umschweife als völkerrechtswidrig bezeichnet hat.<sup>40</sup> Erst in der jüngsten Vergangenheit sind gewisse Anzeichen einer echten Kompromißbereitschaft zu erkennen.

Nach dieser Vorrede wieder zurück zu der Frage, ob dem palästinensischen Volk ein Recht zum Widerstand gegen die israelische Besatzungsherrschaft zusteht.<sup>41</sup> Wohlgemerkt, es geht lediglich um die Rechtsfrage, nicht um eine politische oder moralische Bewertung. Eine Besatzungsherrschaft, auch wenn sie völkerrechtswidrig ist, gehört nicht zu den internationalen Verbrechen, die keinerlei Anerkennung verdienen und die noch nicht einmal im internen Herrschaftsbereich des handelnden Staates Anspruch auf Beachtung erheben können. Verträge, die für solche Lagen explizit ein Widerstandsrecht vorsehen, gibt es nicht. Maßgebend ist wiederum als Grundlage für eine etwaige gewohnheitsrechtliche Regel die bereits

39 Die englische und die französische Fassung der Resolution divergieren. Während der englische Text ohne bestimmten Artikel von »withdrawal ... from territories occupied« spricht, gebraucht die französische Fassung die Worte: »Retrait ... des territoires occupés«.

40 Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, ICJ Reports 2004, S. 136, §§ 114-122.

41 Grundsätzlich bejahend Richard Falk, Azmi Bishara, the Right of Resistance, and the Palestinian Ordeal, *Journal of Palestinian Studies* 31 (2002), S. 19-35.

erwähnte Bestimmung in der Resolution 2625 (XXV) der VN-Generalversammlung, deren Charakter als Formelkompromiß jede klare Auskunft verweigert, was zwangsläufig dazu geführt hat, daß von den beteiligten Parteien unterschiedliche Antworten gegeben worden sind. Die Existenz eines Rechts zu gewaltsamem Widerstand muß aber wohl für die Gegenwart noch verneint werden. Ein solches Recht wird ja immer nur als *ultima ratio* angenommen, wenn kein anderer Rettungsweg mehr zur Verfügung steht. Entscheidend fällt bei diesem negativen Urteil ins Gewicht, daß selbst von der Dritten Welt über das Vehikel der VN-Generalversammlung ein Recht der Palästinenser auf gewaltsamen Widerstand bisher nicht offen proklamiert worden ist. Es hat ja immerhin gewisse Fortschritte gegeben, insbesondere durch die Gewährung einer Teilautonomie an die Palästinenser. Aber die Hoffnungen auf eine Gesamtlösung haben sich bis zum heutigen Tage nicht erfüllt, so daß die Frage nach einem Widerstandsrecht lediglich bis auf weiteres vertagt ist.

Die Lage im Kosovo wird von anderen rechtlichen Daten bestimmt. Während die palästinensischen Gebiete im Rechtssinne nie zu Israel gehört haben, ist der Kosovo rechtlich ein Teil des heutigen Staates Serbien. Grundsätzlich steht Teilgruppen innerhalb eines Staates ein Sezessionsrecht nicht zu, da sie auch nicht Träger des Selbstbestimmungsrechts sind. In der grundlegenden Resolution 2625 (XXV) der VN-Generalversammlung aus dem Jahre 1970, von der bereits mehrfach die Rede war, ist freilich in den Bestimmungen über das Selbstbestimmungsrecht eine Ausnahmeklausel vorgesehen. Es heißt dort, daß das Prinzip der territorialen Integrität eines souveränen Staates nur unter der Voraussetzung gelte, daß der Staat eine Regierung besitze, welche das ganze Volk ohne Rücksicht auf Rasse, Glauben oder Hautfarbe repräsentiere. Damit ist implizit ein Sezessionsrecht als Ausdruck eines Widerstandsrechts bejaht: keiner Volksgruppe wird zugemutet, auf Dauer in einem Staatswesen zu verharren, das sie in einen Zustand diskriminierender Benachteiligung verweist. Es ist diese Klausel, auf die sich die albanischen Kosovaren berufen. In der Tat muß sich das frühere Jugoslawien den Vorwurf gefallen lassen, über viele Jahre hinweg den ethnischen

Albanern gegenüber eine Politik apartheidsgleicher Diskriminierung geführt zu haben. Aber es stellt sich auch hier die Frage, ob es nach Völkerrecht eine Ermächtigung zur gewaltsamen Durchsetzung des Sezessionsrechts gibt.

Der NATO-Einsatz gegen Jugoslawien von März bis Juni 1999 war nicht als Nothilfe zur Durchsetzung eines Sezessionsrechts der Kosovaren konzipiert, sondern als Schutz vor Völkermord und Vertreibung (»ethnischer Säuberung«). Wenn die Diskriminierung einer Gruppe diese Intensitätsschwelle erreicht, kann nach dem bereits Gesagten in der Tat ein Widerstandsrecht nicht verneint werden. In einer solchen Lage wird überdies, von anderer Warte aus betrachtet, nicht nur dem Sicherheitsrat, sondern – nach freilich umstrittener Ansicht – auch Drittstaaten ohne Ermächtigung des Sicherheitsrats als *ultima ratio* ein Eingreifen im Wege der sog. humanitären Intervention zugestanden. Primär ist selbstverständlich der Sicherheitsrat für die Entscheidung über Krieg und Frieden zuständig. Zunächst muß er befaßt werden. Der große Vorzug einer Entscheidung des Sicherheitsrates ist überdies, daß damit unanfechtbare Klarheit geschaffen wird. Dem Sicherheitsrat kann in unserem gegenwärtigen Weltordnungssystem niemand in einem formellen Rechtsverfahren vorwerfen, rechtswidrig gehandelt zu haben. Dem Staat, gegen den eine gewaltsame Aktion beschlossen wird, sind alle rechtlichen Einwendungen abgeschnitten. Wenn die humanitäre Intervention lediglich von einzelnen Staaten getragen wird, muß sie hingegen fast zwangsläufig umstritten bleiben. Viele angesehene Juristen haben sie allein deswegen als völkerrechtswidrig abgetan, weil sie in der VN-Charta nicht ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>42</sup> Das erscheint arg kurzschlüssig. Das Recht besteht nicht nur aus textlich festgelegten Anordnungen. Richtig erscheint mir die Meinung, die von zahlreichen Stimmen im Schrifttum verfochten worden ist, daß es im Konflikt zwischen hochrangigen Rechtsgütern abzuwägen gelte. Wenn etwa Millionen von Menschen in Gaskammern geschickt werden, kann kein der Rechtsidee verpflichteter Mensch ernsthaft die These verfechten, die terri-

<sup>42</sup> So etwa der heutige Richter am Internationalen Gerichtshof Bruno Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, *European Journal of International Law* 10 (1999), S. 1, 6ff.

toriale Integrität des Unrechtsregimes müsse unter allen Umständen den Vorrang haben vor dem Lebensrecht der Opfer.

Was den Kosovo angeht, so haben sich die NATO-Staaten in der Tat auf eine ungeschriebene Befugnis zur Wahrung elementarer Grundsätze der Menschlichkeit gestützt, ohne freilich Wert auf rechtliche Präzisierung zu legen. Trotz aller verbalen Kritik haben auch die Staaten der Dritten Welt letzten Endes die Luftoperationen gegen Jugoslawien implizit gutgeheißen, wie sich allein schon an der Tatsache zeigt, daß schon am Tage des Endes jener Angriffe (10. Juni 1999) ein umfassendes Mandat für die übergangsweise Verwaltung des Kosovo beschlossen werden konnte.<sup>45</sup> Es wäre zutiefst widersprüchlich, wollte man dritten, unbeteiligten Staaten ein Recht zum Eingreifen zugestehen, gleichzeitig aber der unmittelbar betroffenen Bevölkerung das Recht verweigern, sich selbst zur Wehr zu setzen und auch – in Analogie zu Art. 51 der VN-Charta, der ein Recht der kollektiven Selbstverteidigung an sich nur für Staaten vorsieht – andere Staaten zum Beistand zu holen, selbst wenn anzuerkennen ist, daß ein interner Konflikt durch die Beteiligung dritter Staaten eine gefährliche neue Dimension erhält.<sup>44</sup> Gerade durch die Möglichkeit des Eingreifens Dritter – entweder des Sicherheitsrates oder eines Drittstaates – wächst das völkerrechtliche Widerstandsrecht in die Qualität eines echten Rechts hinein.

## VI. Fazit

Dies alles mag verwirrend klingen. Aber es läßt sich doch auch zu gewissen Thesen zusammenfassen.

- 1) Das Widerstandsrecht ist an der Grenzlinie zwischen Recht und Moral verortet. *Qua definitione* stellt es sich einer Hoheitsgewalt entgegen, welche die faktische Macht ausübt.

<sup>45</sup> VN-Sicherheitsrat, Resolution 1244 (1999).

<sup>44</sup> Dazu Christian Tomuschat, *Secession and self-determination*, in: Marcelo G. Kohen (Hrsg.), *Secession. International Law Perspectives*, Cambridge 2006, S. 23, 44.

- 2) Das Widerstandsrecht beruht auf höherrangigen Grundsätzen des Rechts und der Gerechtigkeit, die im Verfassungsstaat des Grundgesetzes durch die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 geschützt sind. Im Völkerrecht hat sich ebenfalls ein Bestand an zivilisatorischen Grundnormen herausgebildet, die von keinem Einzelstaat nach Belieben umgestoßen werden können.
- 3) Die Ausübung des Widerstandsrechts wird stets von der Sorge begleitet, ob nicht der Aufstand gegen die faktisch geltende Herrschaftsordnung die Tür zu Anarchie und Chaos aufstößt.
- 4) Eine Instanz, die verbindlich über die Berechtigung zur Geltendmachung eines Widerstandsrechts entscheidet, kann es nicht geben, da eben das Widerstandsrecht nur als *ultima ratio* zum Zuge kommt, wenn angesichts des Versagens institutioneller Mechanismen andere Abhilfe nicht zur Verfügung steht.
- 5) Im verfassungsrechtlichen Kontext steht der einzelne, der das Widerstandsrecht in Anspruch nehmen will, meist allein und handelt auf eigenes Risiko. Erst wenn das bekämpfte diktatorische Regime gestürzt ist, kann der im Widerstandsrecht liegende Gerechtigkeitsanspruch voll zur Geltung kommen.
- 6) Innerhalb unseres heutigen Regierungssystems, das sich durch Demokratie, Grundrechte und Rechtsstaatlichkeit auszeichnet, ist das Widerstandsrecht an den Rand gerückt. Auch die internationalen Verbundsysteme, in welche die Bundesrepublik Deutschland eingegliedert ist, vermindern die Gefahr des Aufkommens diktatorischer Regime und schmälern daher die praktische Bedeutung des Widerstandsrechts.

# Anhang

## *Das Widerstandsrecht nach Verfassungsrecht und Völkerrecht*

### *I. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*

#### Art. 20

- (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.
- (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.
- (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.
- (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

#### Art. 79 Abs. 3

Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

## II. Charta der Vereinten Nationen

### Präambel

- Wir, die Völker der Vereinten Nationen – fest entschlossen,
- künftige Geschlechter vor der Geißel des Krieges zu bewahren, die zweimal zu unseren Lebzeiten unsagbares Leid über die Menschheit gebracht hat,
  - unseren Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie von allen Nationen, ob groß oder klein, erneut zu bekräftigen,
  - Bedingungen zu schaffen, unter denen Gerechtigkeit und die Achtung vor den Verpflichtungen aus Verträgen und anderen Quellen des Völkerrechts gewahrt werden können [...].

### Art. 39

Der Sicherheitsrat stellt fest, ob eine Bedrohung oder ein Bruch des Friedens oder eine Angriffshandlung vorliegt [...].

### Art. 51

Die Charta beeinträchtigt im Falle eines bewaffneten Angriffs gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen keineswegs das naturgegebene Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung [...].

*III. VN-Generalversammlung, Resolution 217 A (III), Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, angenommen am 10. Dezember 1948*

### Präambel

Abs. 3: da es notwendig ist, die Menschenrechte durch die Herrschaft des Rechts zu schützen, damit der Mensch nicht gezwungen wird, als letztes Mittel zum Aufstand gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen [...].



*IV. VN-Generalversammlung, Resolution 2625 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, angenommen am 24.10.1970 ohne Abstimmung*

The principle of equal rights and self-determination of peoples

Abs. 5: Every State has the duty to refrain from any forcible action which deprives peoples referred to above in the elaboration of the present principle of their right to self-determination and freedom and independence. In their actions against, and resistance to, such forcible action in pursuit of the exercise of their right to self-determination, such peoples are entitled to seek and to receive support in accordance with the purposes and principles of the Charter.

Abs. 7: Nothing in the foregoing paragraphs shall be construed as authorizing or encouraging any action which would dismember or impair, totally or in part, the territorial integrity or political unity of sovereign and independent States conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples as described above and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour.

*V. Statut des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg, 8.8.1945*

Art. 7

The official position of defendants, whether as Heads of State or responsible officials in Government Departments, shall not be considered as freeing them from responsibility or mitigating punishment.

Art. 8

The fact that the Defendant acted pursuant to order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires.

*VI. Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll I), 8.6.1977*

Art. 1 Abs. 4

Zu den in Absatz 3 genannten Situationen gehören auch bewaffnete Konflikte, in denen Völker gegen Kolonialherrschaft und fremde Besetzung sowie gegen rassistische Regimes in Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung kämpfen, wie es in der Charta der Vereinten Nationen und in der Erklärung über Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit zwischen den Staaten im Einklang mit der Charta der Vereinten Nationen niedergelegt ist.